

## تقصیر در گفتگوهای مقدماتی

حبیب طالب‌احمدی\*  
دانشگاه شیراز

### چکیده

پیش از بستن قرارداد، گفتگوهای مقدماتی برای رسیدن به توافق مفید است، ولی ضرورت ندارد. در معاملات روزانه و کم اهمیت، دو طرف در کمترین زمان ممکن به توافق رسیده، بی‌درنگ با انشای ایجاب و قبول معامله می‌کنند. اما در معاملات عمده که میان بازرگانان انجام می‌شود، طی روند گفتگوهای مقدماتی، اجتناب ناپذیر می‌نماید. گاه در چنین معاملاتی، دوره پیش قراردادی مدت‌ها به طول می‌انجامد و پیش از نهایی شدن قرارداد، احتمال دارد هر یک از دو طرف با امید دستیابی به آن هزینه‌هایی کنند. مخاطره آمیز بودن دوره پیش قراردادی اقتضا می‌کند هر طرف، زیان خود را تحمل کند ولی در صورتی که پایان دادن به گفتگوها بدون بستن قرارداد با رفتار نکوهیده یکی از دو طرف اتفاق بیافتد، زیان یاد شده، ناروا بوده و باید به وسیله طرف دیگر جبران شود. مسوولیت جبران چنین زیانی را پیش قراردادی می‌نامند. نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» تنها نظریه مستقلی است که برای توجیه مسوولیت مزبور ارائه شده است. طبق این نظریه، اگر هر طرف در روند بستن قرارداد، برخلاف حسن نیت با رفتار قابل سرزنش از نهایی شدن قرارداد

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی و دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

جلوگیری کند یا سبب بی اعتباری آن را در آینده فراهم آورد، باید از عهده زیان دیگری که به بسته شدن قراردادی معتبر امیدوار بوده برآید. کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته، رویکرد مثبتی به این نظریه داشته و کشورهای پیرو نظام حقوق عرفی، میانه‌ای با آن ندارند. این نظریه در حقوق ایران ناشناخته است. از علل مهم آن را می‌توان عدم پذیرش اصل حسن نیت شمرد که در نظریه مزبور نقش کلیدی دارد.

واژه‌های کلیدی: ۱. گفتگوهای مقدماتی ۲. مسوولیت پیش قراردادی ۳. دوره پیش قراردادی ۴. حسن نیت ۵. زیان اتکایی.

### ۱. مقدمه

برخلاف معاملات روزمره که به سادگی با انشای ایجاب و قبول انجام می‌پذیرد، برای بستن قراردادهای مهم، به ویژه در روابط بازرگانی، دوره پیش قراردادی از اهمیت زیادی برخوردار است. دو طرف با کسب اطلاعات مورد نیاز برای ایجاد زمینه مناسب برای انجام معامله با هم وارد گفتگو شده و از دیدگاه‌های یکدیگر آگاه می‌شوند. گاه رایزنی مدت‌ها به طول انجامیده و توافق در شرایط قرارداد به تدریج حاصل می‌شود. اگر با طی روند مزبور، قراردادی معتبر انشاء شود هر دو سوی آن به مقصود می‌رسند. احتمال دارد گفتگوهای مقدماتی شکست خورده یا عواملی که در دوره پیش قراردادی وجود داشته یا به وجود آمده، سبب بی اعتباری قرارداد آینده را فراهم آورند. در هر دو حال ممکن است طرف گفتگوهای مقدماتی با امید دستیابی به قرارداد نهایی، هزینه‌هایی کرده و زبانی ناروا دیده باشد. برقراری مسوولیت پیش قراردادی به منظور جبران چنین نیازی است که باید مبتنی بر اساسی استوار باشد. نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» در پی توجیه مبنای مسوولیت است.

هنگامی که دو طرف برای بستن قرارداد وارد گفتگوهای مقدماتی شده و دوره پیش قراردادی را آغاز می‌کنند، زبان حالشان بیانگر وجود یک رابطه اعتمادی است. هر طرف با اطمینان به دیگری وارد گفتگو شده و انتظار ندارد که طرفش با ارتکاب رفتاری نکوهیده و برخلاف حسن نیت او را از رسیدن به هدف باز دارد. با پیشرفت گفتگوها امید به بسته شدن قرارداد قوت می‌گیرد. اعتماد متقابل اقتضا می‌کند که ایشان

از انجام هر عمل قابل سرزنشی که مانع نیل به مقصود شود، خودداری کنند. طرفی که با خطای خود از رسیدن به قرارداد نهایی پیش گیری کند یا سبب بی اعتباری قرارداد آینده را فراهم سازد، در برابر دیگری مسوول است و باید از عهده جبران زیان اتکایی او برباید. نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» که تنها نظریه مستقل در زمینه مسوولیت پیش قراردادی است به این منظور طراحی شده است.

امروزه نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» مورد توجه نظام‌های مختلف قانونی قرار گرفته و با تعبیر مختلفی در آن‌ها وارد شده یا قابل برداشت است. مفهوم مسوولیت پیش قراردادی، بر پایه نظریه مزبور، در حقوق بیشتر کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته و حتی برخی از پیروان نظام حقوق عرفی دیده می‌شود. در اصلاحاتی که در قوانین مدنی کشورهای مختلف انجام می‌گیرد، رویکرد قانون‌گذاران را به این نظریه می‌توان دید. در روزگار معاصر، علاوه بر حقوق ملی، در حقوق فرا ملی نیز گسترش این نظریه، در سایه اصولی مانند حسن نیت و تعامل منصفانه، تمام حقوق قراردادهای پیشرفته را در کنترل خود در آورده است. (کسلر، ۱۹۶۳/۶۴)

این مقاله در صدد است تا نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» را که کمتر در ادبیات حقوقی ما به آن پرداخته‌اند معرفی کند. در این راستا با مفهوم نظریه آشنا شده و با اشاره به پیشینه آن در غرب، موضوعاتی مانند قلمرو، شرایط استناد، گونه و ماهیت مسوولیت ناشی از این نظریه و شیوه جبران در آن بررسی می‌شود. پیش از نتیجه گیری نیز تأثیر نظریه در حقوق چند کشور از اعضای پیرو نظام حقوق نوشته و عرفی مورد مطالعه قرار می‌گیرد تا موضع دو نظام مزبور در برابر آن معلوم شود.

## ۲. مفهوم نظریه

نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» به زبان لاتین *Culpa in Contrahendo* خوانده می‌شود. *Culpa* به معنی تقصیر و *Contrahendo* به مفهوم گفتگو برای بستن قرارداد است. (رولند، ۱۹۸۵:۹۱) برگردان عنوان این نظریه در زبان انگلیسی *Fault in negotiation* یا *Obligations in negotiation* و در زبان عربی «الخطأ فی تکوین العقد» یا «الخطأ عند تکوین العقد» می‌باشد. در فرهنگ اصطلاحات حقوقی، *Culpa in Contrahendo* به «تخلف ناشی از نقض قرارداد»

ترجمه شده است. (بخش ترجمه دیوان داوری دعاوی ایران، ۱۳۷۰:۱۹) چنین برگردانی صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا هنوز دو طرف در دوره پیش قراردادی هستند یا قرارداد معتبری میان آن‌ها بسته نشده است. گروهی آن را معادل با «مسئولیت پیش قراردادی» شمرده‌اند (پتینلی، ۲۰۰۵) که ایراد آن هویدا است؛ زیرا این نظریه به عنوان مبنای مسئولیت مزبور مطرح می‌باشد. برخی اساتید ما آن را «خطای در تعاهد» نامیده‌اند (اوصیاء، ۱۳۷۱) که به دلیل استفاده از واژگان عربی، فهم آن برای خواننده دشوار می‌نماید. گروهی از برگردان «تقصیرهای قراردادی» استفاده کرده‌اند (بایانکا، ۱۳۴:۱۳۷۴) که مقصود را نمی‌رساند و با مبنای مسئولیت قراردادی اشتباه می‌شود. نویسنده «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» را به عنوان برگردان مناسب برای نظریه برگزید.

به موجب نظریه یاد شده، با آغاز گفتگوهای مقدماتی، دو طرف در برابر هم دارای تعهداتی می‌گردند که نقض آن‌ها تقصیر محسوب شده و موجب مسئولیت پیش قراردادی می‌شود.<sup>۱</sup> لذا پس از ورود به گفتگوهای مقدماتی و ایجاد امید به بسته شدن قرارداد در آینده، هیچکدام از دو طرف، بدون آن که مسوول جبران زیان اتکایی دیگری باشد، نمی‌تواند به دلخواه آن را پایان دهد. (کسلر، ۱۹۶۳/۶۴) نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» بیانگر آن است که اگر هر طرف در دوره پیش قراردادی با عملکرد نکوهیده خود مانع از رسیدن به توافق نهایی شود یا سبب بی اعتباری آن گردد، در برابر دیگری مسوول است و باید زیانی را که او با اتکا بر قرارداد آینده یا اعتبار آن تحمل کرده، جبران کند. (باو آنه تای، بی تا)

واضع آلمانی این نظریه به تشریح مقصود خود از رفتار نکوهیده پرداخته، ولی شارحین آن بدون اختلاف، منظور از رفتار قابل سرزنش را هر رفتاری می‌دانند که برخلاف حسن نیت باشد. به همین جهت در حقوق بیشتر کشورها به این نظریه از دیدگاه دکتترین حسن نیت نگاه می‌شود. (جعفرزاده، ۱۳۸۴) پس هرچند رفتار نکوهیده‌ای که طبق این نظریه در روند گفتگوهای مقدماتی سبب مسئولیت می‌شود به تقصیر ترجمه شد، ولی رفتار خلاف حسن نیت ملازمه با تقصیر به معنی خاص آن ندارد. استفاده از این واژه نباید موجب شود که آن را زیر مجموعه نظریه مشهور تقصیر در قواعد عمومی مسئولیت مدنی پنداریم.

در این نظریه رفتار خلاف حسن نیت در مرحله تشکیل قرارداد مورد نظر است و شامل تقصیر در مرحله اجرای آن نمی‌شود. هنگامی که بطلان قرارداد ناشی از تقصیر طرفی باشد که خواهان اعلام بطلان آن است، باید زیان طرف دیگر را که دارای حسن نیت بوده جبران کند. بدیهی است اگر قرارداد به دلیل دیگری مانند عدم مشروعیت یا مخالفت با اخلاق حسنه باطل شود، محلی برای خواستن جبران زیان باقی نمی‌ماند و هر طرف باید زیان وارد بر خود را تحمل کند (رولند، ۱۹۸۵:۹۱) مگر در صورتی که زیان دیده بتواند از باب یکی الزامات خارج از قرارداد، ادعای جبران کند.

### ۳. پیشینه نظریه

نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» که براساس حقوق تعهدات روم بنا شده، ابتدا در رساله یک حقوقدان آلمانی به نام رادلف ون ایرینگ<sup>۲</sup> به منظور ارائه راه حلی برای نقاط ضعف حقوق آلمان در سال ۱۸۶۱ مطرح گردید.<sup>۳</sup> پیش از آن اگر یک طرف گفتگوهای مقدماتی با تلاش نکردن، مانع تشکیل قرارداد می‌شد، مسوولیتی نداشت. این نظریه قصد داشت راه حلی برای جبران زیان طرفی ارائه کند که از بسته نشدن قرارداد نهایی یا بی اعتباری آن زیان دیده بود. (کسلر، ۱۹۶۳/۶۴)

در میان نویسندگان غربی، ایرینگ به عنوان اولین کسی است که مرحله پیش از قرارداد را مورد بررسی قرارداد (قاسمی حامد، ۱۳۷۵) و این دیدگاه را توسعه بخشید که زیان حاصله در دوره پیش قراردادی باید به وسیله طرفی که با رفتار نادرست، سبب بی اعتباری یا نرسیدن به قرارداد نهایی شده، جبران شود. چنان که اشاره شد، انگیزه ایرینگ در بیان نظریه، جبران نقص نظام قانونی آلمان در حمایت از زیان دیده در برخی از روابط بازرگانی بود. برای مثال اگر خریداری بدون عمد، مقداری کالا بیش از آنچه که می‌خواست سفارش می‌داد و به هنگام تحویل، میزان مازاد را نمی‌پذیرفت، نسبت به هزینه نقل و انتقال آن مسوول شناخته نمی‌شد. این نتیجه ناعادلانه و مانند آن سبب این پرسش در ذهن ایرینگ شد که چرا طرفی که رفتاری نادرست داشته در برابر دیگری که به اعتبار قرارداد یا نیل به آن زیان‌هایی را تحمل کرده مسوول شمرده نمی‌شود؟ او در پاسخ به این پرسش پیشنهاد کرد قانون‌گذار باید راهی برای جبران عدم‌النفع و زیان اتکایی ناشی از بازگشت به وضع سابق زیان دیده ارائه کند. اگر کسی

بی احتیاطی یا اشتباه می‌کند باید تاوان آن را نیز بدهد؛ زیرا به دیگران آسیب وارد کرده است. (کسلر، ۱۹۶۳/۶۴) نظریه ایرینگ دو اصل را در بر می‌گیرد: نخست، مسوولیت مبتنی بر تقصیر در بستن قرارداد و دیگری تقسیم‌بندی زیان وارده به مثبت و منفی.<sup>۴</sup> در سال ۱۹۰۷ حقوقدان فرانسوی به نام سالی<sup>۵</sup>، دیدگاه ایرینگ را توسعه داد. او گفت پس از آغاز گفتگوهای مقدماتی، دو طرف باید حسن نیت داشته باشند. هیچ یک از ایشان نمی‌توانند به دلخواه و بدون مسوولیت در برابر زیان‌های اتکایی طرف دیگر، گفتگوها را پایان بخشند. به این ترتیب، نظریه در آلمان شکل گرفت و سپس در فرانسه تفسیر و تکمیل شد. (نووا، ۲۰۰۵)

#### ۴. قلمرو نظریه

در رساله ایرینگ مسوولیت پیش‌قراردادی در سه زمینه مطرح شد. این سه زمینه عبارتند از: هنگامی که معلوم شود یکی از دو طرف، صلاحیت بستن قرارداد را نداشته، قرارداد قابل اجرا نبوده و اراده یکی از دو طرف دارای ایراد بوده است. زمینه نخست ناظر به موردی است که آغاز کننده گفتگوهای مقدماتی از داشتن صلاحیت خود در بستن قرارداد با دیگری اطمینان ندارد. چنین شخصی با ورود به گفتگو و یادآور نشدن این موضوع، ممکن است سبب گمراهی دیگری شود. زیرا هرطرف فرض می‌کند که دیگری صلاحیت بستن قراردادی را که پیرامون آن گفتگو می‌کند دارد. البته این مورد، شامل وضعی که اهلیت قانونی برای انجام معامله وجود ندارد نمی‌شود. پس اگر بازرگان متوقفی که در صحت معاملات خود با دیگران در تردید است چیزی در این مورد نگوید و بی اعتباری معامله معلوم شود در برابر دیگری مسوول است ولی محجور قانون مدنی تکلیفی در اعلام حجر خود به طرف معامله ندارد.

زمینه دوم مسوولیت پیش‌قراردادی هنگامی محقق می‌شود که قرارداد بسته شده قابل اجرا نباشد، مشروط بر آن که در هنگام بستن قرارداد، غیرقابل اجرا بودن آن قابل پیش‌بینی باشد. اگر یکی از دو طرف بداند یا در زمان گفتگو باید آگاه می‌بود که امکان اجرای قرارداد وجود ندارد و بدون آگاه کردن دیگری اقدام به معامله کند، مسوول

است. زیرا طرف قرارداد با تصور قابل اجرا بودن آن اقدام کرده و سکوت آگاهانه نسبت به غیر قابل اجرا بودن قرارداد در آینده، سبب گمراهی او گشته است.

زمینه سوم هنگامی رخ می‌دهد که اراده یکی از دو طرف در تشکیل قرارداد معیوب باشد. اگر طرف قرارداد از معیوب بودن اراده دیگری آگاه نباشد و در این خصوص اطلاع‌رسانی نشود، می‌تواند برای زیان‌های ناشی از معتبر نبودن قرارداد به کسی که اراده سالم نداشته رجوع کند.

زمینه نخست مسوولیت پیش‌قراردادی مربوط به هنگامی است که هنوز قراردادی میان دو طرف بسته نشده، در حالی که در زمینه‌های دیگر، دو طرف به توافق رسیده و بنا به دلایلی، توافق مزبور مخدوش است. پس می‌توان زمینه‌های ایجاد مسوولیت پیش‌قراردادی را در دیدگاه ایرینگ به دو گروه تقسیم کرد. برخلاف مسوولیت‌های پیش‌قراردادی گروه اخیر که در بیشتر نظام‌های قانونی شناخته شده است، در پیدایش مسوولیت دسته نخست تا مدت‌ها تردید وجود داشت؛ زیرا پیدایش مسوولیت را پیش از بسته شدن قرارداد، معارض با اصل آزادی قراردادی می‌دانستند. امروزه با گذشت زمان و گسترش روابط بازرگانی، در دیدگاه علمای حقوق و نیز رویه قضایی کشورهای که نظریه را پذیرفته اند، چنین مسوولیتی شناخته شده است. (کوچر، ۲۰۰۴)

نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» علاوه بر موردی که کوتاهی یک طرف در دوره پیش‌قراردادی از رسیدن به قرارداد جلوگیری کرده، شامل موردی که یک طرف از اطلاع‌رسانی به دیگری کوتاهی کند نیز می‌شود، مشروط بر آن که اگر طرف قرارداد از واقعیت آگاه می‌گشت، قرارداد نمی‌بست. پس اگر یک طرف در موعد مقرر برای تنظیم قرارداد در دسترس نباشد و به این وسیله مانع از تشکیل آن شود، اعم از این که مقصر بوده یا حسن نیت نداشته باشد، در برابر طرف دیگر مسوول است. هم چنین اگر یک طرف، بدون اطلاع‌رسانی در مورد دارایی خود با دیگری در یک شرکت تضامنی شریک شود و شریک خود را در معرض مخاطرات ناشی از مسوولیت شریک ضامن در برابر طلبکاران شرکت قرار دهد، مسوول بوده و ملزم است شریک خود را به وضعی برگرداند که اگر از موضوع آگاه بود، در چنان موقعیتی قرار می‌داشت.

### ۵. شرایط کاربرد نظریه

دامنه کاربرد این نظریه را فراتر از مسوولیت‌های قهری و قراردادی می‌دانند. اما در این مجال تنها به شرایط کاربرد آن در دوره پیش‌قراردادی می‌پردازیم. به عبارت دیگر دوره‌ای مورد نظر است که هنوز قراردادی میان دو طرف بسته نشده و گفتگوها به شکست می‌انجامد. برای ایجاد مسوولیت مبتنی بر نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» شرایط زیر لازم است:

#### ۱. وجود رابطه پیش‌قراردادی

پیش از آغاز دوره پیش‌قراردادی، استناد به این نظریه ممکن نیست. دو طرف باید به منظور بستن قراردادی با یکدیگر ارتباط برقرار کرده باشند. دوره پیش‌قراردادی باعث نزدیکی روابط دو طرف می‌گردد که پیش از آغاز این دوران وجود نداشت. با آغاز گفتگوهای مقدماتی، هر دو طرف در دوره پرمخاطره‌ای قرار می‌گیرند و نسبت به پیش از آن آسیب پذیرتر می‌شوند. از سوی دیگر، ظرفیت بردن سود از هم نیز در این دوران فراهم می‌شود. با پیشرفت گفتگوها از میزان مخاطرات کاسته شده و بر اعتماد دو جانبه افزوده می‌شود.

#### ۲. ایجاد انتظار رسیدن به قرارداد

باید یک طرف این توقع را در دیگری به وجود آورده باشد که در پایان گفتگوها، قراردادی میان ایشان، نهایی خواهد شد. به صرف این که یک طرف در دیگری انتظار ورود به گفتگوهای مقدماتی را ایجاد کند و سپس با او ارتباط نگیرد مسوول شناخته نمی‌شود. چنان که اشاره شد به دلیل شروع نشدن دوره پیش‌قراردادی امکان استناد به این نظریه وجود ندارد.

ایجاد انتظار قرارداد آینده باید قطعی باشد. اگر تنها احتمال چنین رخدادی در آینده قابل پیش‌بینی باشد و قراردادی بسته نشود، مسوولیتی پدید نمی‌آید. برابر رای‌ی که در سال ۱۹۸۹ از دیوان عالی کشور آلمان صادر شد، پس از آن که وجود رابطه قراردادی میان دو طرف احراز نشد، ادعای غرامت خواهان نیز که به نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» استناد کرده بود مردود اعلام شد. طبق نظر دیوان یاد شده، اصل بر آن است که هر طرف باید هزینه‌های دوره گفتگوهای مقدماتی را خود بپردازد. همواره این احتمال وجود دارد که در پایان گفتگوهای مقدماتی، قراردادی بسته نشود و



هزینه‌های انجام گرفته از بیهوده گردد. برای این که خطر ناشی از دوره پیش قراردادی به طرف دیگر منتقل شود باید چیزی بیش از احتمال بسته شدن قرارداد ثابت شود. خواهان باید ثابت کند خواننده او را بر این باور قطعی رسانیده بود که قرارداد بسته خواهد شد. در این دعوی هزینه‌های خواهان با این باور صورت نگرفته و لذا قابل استرداد نیست. (دتریش، ۲۰۰۱)

در موردی دیگر، یک شرکت سوئدی از شرکتی آلمانی خواستار ارسال ایجابی برای فروش کالا شده بود. شرکت آلمانی سند ارسالی را با ذکر قیمت و هنگام تحویل کالا تکمیل کرد و پس فرستاد. سپس شرکت سوئدی، سفارش خرید کالاهایی را داد که در سند ارسالی پیشین نیامده بود. شرکت آلمانی از شرکت سوئدی خواستار پیش پرداخت یا باز کردن اعتبار اسنادی شد. شرکت سوئدی درخواست پیش فاکتور ارقام با کیفیت پایین را کرد و با دریافت پیش فاکتور مزبور، دوباره از طرف آلمانی خواست پیش فاکتور اجناس را در صورت بالا بودن کیفیت کالا همراه با قیمت آن‌ها ارسال کند. پس از مکاتبات یاد شده، شرکت سوئدی علیه شرکت آلمانی به خواسته تسلیم کالا یا پرداخت خسارت طرح دعوی کرد.

دادگاه فرانکفورت<sup>۶</sup> در رای شماره ۸۰/۹۳ U ۱۰ به تاریخ ۱۹۹۴/۳/۴ دعوی را مشمول کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا<sup>۷</sup> دانست و ادعای شرکت سوئدی را به دلیل بسته نشدن قرارداد معتبر رد کرد. هم چنین دادگاه در مورد پرداخت خسارت به طرف سوئدی مقرر داشت که او نمی‌تواند به جبران‌های ناشی از مسوولیت پیش‌قراردادی ناشی از پایان دادن به گفتگوها استناد کند؛ زیرا مسوولیت پیش‌قراردادی هنگامی محقق می‌شود که ثابت شود طرف گفتگو بر بسته شدن قرارداد آینده تکیه کرده بود. اتکا بر قرارداد آینده وقتی ثابت می‌شود که با ارائه دلایل پسندیده ثابت شود باور بسته شدن قرارداد آینده در یک طرف ایجاد شده یا طرف گفتگو سبب اجرای مفاد قرارداد آینده را زودتر از موعد برای زیان دیده فراهم کرده است.<sup>۸</sup>

رویه دادگاه‌های آلمان در این زمینه از رویه کشورهای پیرو نظام حقوق عرفی سختگیرانه تر است؛ زیرا در کشورهای پیرو نظام حقوق عرفی با استناد به نظریه «تعهد الزام آور»<sup>۹</sup> که نتایج مشابه با نظریه آلمانی را به دنبال دارد، ایجاد انتظار متعارف را کافی

می‌دانند در حالی که در حقوق آلمان باید نسبت به پیدایش قرارداد آینده یقین حاصل شود.

لازم به یادآوری است که ایجاد انتظار قطعی قرارداد در دیگری برای مسوول شمردن کسی که سبب آن گشته به تنهایی کافی نیست، بلکه طرف به وجود آورنده انتظار باید از غیر واقعی بودن آن نیز آگاه باشد؛ یعنی با علم به این که امکان بسته شدن قرارداد وجود ندارد، سبب پیدایش انتظار در دیگری شود.

### ۳. ۵. تحمل زیان

علاوه بر این که رفتار یک طرف باید سبب ایجاد انتظار بسته شدن قرارداد آینده در دیگری شود، باید او با استناد بر این باور، هزینه‌هایی انجام داده یا فرصت‌هایی را از دست داده باشد. در چنین وضعی است که بسته نشدن قرارداد نهایی برای او زیانبار خواهد بود.

در دعوی *Espinoza v. Bobadilla* دو طرف در مورد معامله مالی غیرمنقول با یکدیگر در حال گفتگو بودند. خواننده از ادامه گفتگو و تنظیم سند انتقال خودداری کرد که با اعتراض خواهان روبرو شد. دادگاه استیناف در شیلی<sup>۱۱</sup> خواننده را به دلیل رفتار مخالف با حسن‌نیت مسوول دانست. طبق نظر دادگاه، دو طرف بر مورد معامله و قیمت آن به توافق رسیده بودند و خواهان با امید به ادامه گفتگوها و رسیدن به قرارداد نهایی هزینه‌هایی را در زمین یاد شده انجام داده بود. خودداری غیر منتظره خواننده از امضای سند انتقال، قابل توجیه نبود و خواهان را مستحق جبران کرد. (نووا، ۲۰۰۵)

### ۴. ۵. قابل جبران بودن زیان

برای استناد به نظریه باید زبانی که رخ داده، قابل جبران باشد. بنابراین اگر طرف دیگر علی‌رغم پایان نامشروع گفتگوهای مقدماتی، زیان قابل جبرانی تحمل نکرده باشد مسوولیتی ایجاد نمی‌شود.

در این که براساس نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» چه زیان‌هایی قابل جبران می‌باشد اختلاف است: گروهی معتقدند باید زیان‌های اتکایی<sup>۱۱</sup> را در نظر داشت. یعنی هزینه‌هایی که زیان دیده با اتکا بر بسته شدن قرارداد در آینده انجام داده است مانند هزینه مسافرت، کارشناسی، مشاوره، خرید تجهیزات و غیره. با پرداخت هزینه‌های مزبور، زیان دیده به وضعی باز می‌گردد که پیش از آغاز دوره پیش قراردادی

داشت. برخی دیگر نیز معتقدند مسئولیت در جبران عدم‌النفع قراردادی<sup>۱۲</sup> به وجود می‌آید. عدم‌النفع قراردادی زیانی است که به دلیل عقیم ماندن گفتگوها به زیان دیده وارد می‌شود. در این دیدگاه برای تعیین میزان مسئولیت به هزینه‌های انجام شده توجه نمی‌شود بلکه باید دید علی‌رغم انجام هزینه‌های صورت گرفته در دوره پیش قراردادی و بسته نشدن قرارداد نهایی، زیان دیده از چه میزان سود در آینده محروم شده است. (نووا، ۲۰۰۵)

به نظر می‌رسد علت این اختلاف، تفاوت دیدگاه در ماهیت مسئولیت ناشی از نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» است. کسانی که ماهیت قراردادی برای آن قائلند معتقد هستند که صرف نظر از مبلغ هزینه‌های انجام شده در دوره پیش قراردادی باید زیان‌های ناشی از عقیم ماندن آن‌ها جبران شود. در برابر، گروهی که ماهیت غیر قراردادی برای آن قائل می‌باشند، به پرداخت معادل هزینه‌های صورت گرفته برای جبران زیان دوره پیش قراردادی تمایل دارند.

#### ۵. عدم رعایت حسن نیت

تعامل یک طرف با دیگری در دوره پیش قراردادی باید مغایر با اصل حسن نیت باشد. چنین وضعی بیشتر با پایان دادن بی دلیل موجه گفتگوهای مقدماتی رخ می‌دهد. مفهوم دلیل موجه چندان روشن نیست. برخی<sup>۱۳</sup> در ارائه معیار دلیل موجه گفته‌اند هر دلیلی که بتواند انحلال قرارداد را توجیه کند می‌تواند خودداری از بسته شدن آن را نیز توجیه نماید. (دیتریش، ۲۰۰۱)

برای این که دادگاه تشخیص دهد پایان دادن به گفتگوهای مقدماتی موجه بوده یا برای پایان دهنده به آن، مسئولیت ایجاد می‌کند باید به عواملی مانند دامنه گفتگوها، میزان پیشرفت گفتگوها، چگونگی آغاز گفتگوها، روش گفتگوها، رفتار دو طرف در روند گفتگوها، مرحله‌ای که گفتگوها در آن معلق گشته، انتظارات به وجود آمده در دو طرف و به طور کلی هر اوضاع و احوال مربوط که در بررسی موضوع دخالت دارد توجه کند.

در مواردی که گفتگوهای مقدماتی به دلیل نبود تفاهم پیشرفت نمی‌کند یا یک طرف، خواستار افزودن شرطی بر شرایط توافق شده می‌شود یا خواهان تغییر پیش نویس قراردادی می‌شود که هنوز به امضا نرسیده یا در اثر رخدادهای خارجی، سود

تجارت مورد نظر به قدری کاهش می‌یابد که با شرایط موجود، بستن قرارداد نهایی مقرون به صرفه ارزیابی نمی‌شود، پایان دادن به گفتگوها موجه است. در حالی که پایان دادن ناگهانی به دوره پیش قراردادی، بدون آن که به آگاهی دیگری رسیده باشد تکمیل قرارداد نهایی ممکن نیست از نمونه‌های متداول عملکرد خلاف حسن نیت است؛ چرا که اگر طرف مقابل از چنین امری آگاه بود، می‌توانست از به بار آمدن زیان خود جلوگیری کند.

اگر علت پایان یافتن گفتگوهای مقدماتی سوء رفتار خواهان باشد یا رفتار مزبور یکی از دلایل پایان دوره پیش قراردادی باشد، نباید به تنهایی خواننده را مسوول شمرد. پس اگر هر دو طرف، رفتار نکوهیده داشته باشند، مسوولیت متوجه هر دو خواهد بود. اگر زیان دیده ثابت کند که برای بستن قرارداد با دیگری وارد گفتگوهای مقدماتی شده و در اثر فریب یا تقصیر طرف دیگر به بستن قرارداد امیدوار گردیده و هزینه‌هایی کرده و گفتگوها از سوی دیگری پایان پذیرفته، استحقاق دریافت جبران را دارد. در چنین وضعی او لازم نیست غیرموجه بودن پایان دادن به گفتگوها را ثابت کند، بلکه طرف مقابل باید ثابت کند که خروجش از دوره پیش قراردادی منطقی بوده است.

برخی<sup>۱۴</sup> معتقدند مقتضای این شرط قابل انتقاد است؛ زیرا دو طرف گفتگوهای مقدماتی مکلف به ادامه روند گفتگوها تا رسیدن به قرارداد نهایی می‌شوند و در پایان به قراردادی ناخواسته تن در می‌دهند. چنین نتیجه‌ای خلاف اصل آزادی قراردادی و مخاطره‌آمیز بودن دوره پیش قراردادی است. (دیتریش، ۲۰۰۱) در پاسخ باید گفت علت پیدایش مسوولیت پیش قراردادی، نقض تعهد به ادامه گفتگوها نیست تا با زیر سؤال بردن اصل تعهد، مبنای مسوولیت متزلزل گردد، بلکه ایجاد انتظار بسته شدن قرارداد و نقض آن با پایان دادن بی‌دلیل، سبب مسوولیت می‌شود. به این ترتیب همچنان اصل آزادی دو طرف در پایان دادن به گفتگوها باقی است و اختیار هیچ طرف محدود نمی‌شود. علاوه این که آغاز گفتگوها تعهد به ادامه آن را ایجاد نمی‌کند، بلکه اگر در روند گفتگوها یک طرف، سبب انتظار بسته شدن قرارداد آینده را در دیگری به وجود آورد و بی‌دلیل به گفتگوها پایان دهد باید از عهده زیان اتکایی دیگری برآید. پس اگر ادعا می‌شد که آغاز گفتگوهای مقدماتی الزام به تداوم آن را در پی دارد انتقاد وارد بود.

### ۶. نوع مسوولیت مبتنی بر نظریه

برخی مسوولیت مبتنی بر نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» را متمایز از مسوولیت پیش قراردادی و بسیار شبیه به آن می‌دانند. به نظر ایشان، مسوولیت پیش قراردادی مفهومی گسترده‌تر از مسوولیتی دارد که از نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» به بار می‌آید و محدود به مواردی است که در نتیجه رفتار قابل سرزنش در روند گفتگوهای مقدماتی، زیانی به بار آید. به عبارت دیگر، زیان وارده نیز باید در دوره پیش از قرارداد رخ دهد؛ زیرا کاربرد این نظریه مربوط به مواردی است که یا در نتیجه رفتار یاد شده هرگز قراردادی بسته نمی‌شود یا بفرض بسته شدن، بی‌اعتباری آن ثابت می‌شود، در حالی که مسوولیت پیش قراردادی مسوولیتی است که سبب آن پیش از قرارداد رخ داده و ممکن است زیان حاصله پس از بسته شدن قرارداد نمایان گردد. بنابر این اگر شخصی برای ساختن واحدهای مسکونی، آگهی مناقصه منتشر کند، در حالی که توان حمایت مالی آن را ندارد و دیگری با باور توانمندی مالی او در مناقصه شرکت کرده و برنده شود و اقداماتی را برای اجرای پروژه به انجام رساند سپس از واقعیت امر آگاه گردد، مسوولیت جبران زیان به بار آمده، پیش قراردادی است. در این مورد نمی‌توان به نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» استناد کرد. (باو آنه‌تای، بی‌تا) برای داوری در مورد دیدگاه مزبور باید به تعریف مسوولیت پیش قراردادی مراجعه کرد. اگر مسوولیت پیش قراردادی، مسوولیتی باشد که پیش از بسته شدن قرارداد پدید می‌آید و شرط رخداد آن، وقوع زیان باشد، تفاوت در هنگام رخداد زیان نباید در گستره مسوولیت پیش قراردادی مؤثر باشد. بنابر این به نظر می‌رسد مسوولیت مبتنی بر نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» را باید از اقسام مسوولیت‌های پیش قراردادی شمرد.

### ۷. ماهیت مسوولیت ناشی از نظریه

در مورد ماهیت مسوولیتی که با بکارگیری نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» به وجود می‌آید اختلاف نظر است. رویه قضایی هماهنگی نیز در این زمینه دیده نمی‌شود. برای نمونه، مطالعه رویه دادگاه‌های اسپانیایی، تردید در قهری یا قراردادی بودن مسوولیت پیش قراردادی مبتنی بر این نظریه را ثابت می‌کند. (لندو، ۱۹۱:۲۰۰۰) هم

چنین در سوئیس، بسیاری آن را به عنوان مسوولیت ناشی از تقصیر و خارج از قرارداد شمرده و گروهی دیگر مسوولیت را قراردادی می‌دانند. (کوتس، ۱۳۸۵:۲۹۸)

کسانی که معتقدند مسوولیت ناشی از نظریه مزبور قراردادی است معتقدند گفتگوهای پیش قراردادی، نوعی رابطه حقوقی مبتنی بر اعتماد میان دو طرف ایجاد می‌کند که بر اساس آن هر یک از ایشان می‌تواند از دیگری انتظار داشته باشد که سود وی را محترم شمارد. (کوتس، ۱۳۸۵:۱۷) دو طرف با آغاز گفتگوهای مقدماتی به طور ضمنی در برابر یکدیگر تعهد می‌کنند در دوره پیش قراردادی حسن نیت داشته باشند و مسوولیت پیش قراردادی، بر پایه نظریه مزبور، ناشی از شکستن چنین پیمانی است. (گلیکر، ۲۰۰۲:۱۲۱)

اگر با طی روند گفتگوهای مقدماتی، دو طرف به قراردادی دست یابند و بعد بی اعتباری آن به دلیل رفتار نکوهیده یک طرف در دوره پیش قراردادی معلوم شود نیز مسوولیت ایجاد شده قراردادی است. در این حالت، علت بطلان قرارداد منسوب به یکی از دو طرف آن است، در حالی که طرف دیگر با اعتقاد به صحت قرارداد، آن را مبنای عمل قرار داده و پس از آن که بطلان قرارداد بر او معلوم می‌شود خود را زیان دیده می‌بیند. مانند موردی که یک طرف در اشتباه است و دیگری با وجود آگاهی از اشتباه اساسی دیگری، اقدام به بستن قرارداد با او می‌کند. به موجب نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» او مسوول جبران زیان شناخته می‌شود. مبنای این مسوولیت، تعهد ضمنی دو طرف در برابر یکدیگر است؛ زیرا هنگامی که ایشان با هم قراردادی می‌بندند، به طور ضمنی در برابر هم تعهد می‌کنند قرارداد بسته شده صحیح است و از جانب ایشان سببی برای بطلان آن وجود ندارد. حال اگر معلوم شود قرارداد باطل بوده، طرفی که بطلان منسوب به اوست باید زیان دیگری را جبران کند. برای جبران نیز باید زیان دیده در وضعی قرار گیرد که اگر قرارداد باطل بسته نمی‌شد در آن وضعیت قرار می‌گرفت. (سنهوری، ۱۸۹: بی تا)

علت این که برخی از حقوقدان‌های آلمانی تمایل دارند ماهیت مسوولیت مبتنی بر نظریه را قراردادی بشمارند آن است که قواعد مسوولیت مدنی آن کشور برای جبران زیان رخ داده در دوره پیش قراردادی پاسخگو نیست. حقوق مسوولیت مدنی آلمان در مقایسه با سایر کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته، متضمن یک اصل کلی نیست تا هر

جا خسارتی مبتنی بر تقصیر باشد، مسوولیت ایجاد شود. در این کشور به مانند آنچه که در نظام حقوق عرفی دیده می‌شود موارد ایجاد مسوولیت مدنی بطور موردی بیان شده است. (کسلر، ۱۹۶۳/۶۴) دلیل دیگری که حقوقدان‌های آلمانی را در حمایت از ماهیت قراردادی مسوولیت مبتنی بر نظریه برانگیخته، آن است که هر شخص هنگامی به دلیل عملکرد نمایندگان مسوول می‌شود که در انتخاب آن‌ها یا نظارت بر ایشان کوتاهی کرده باشد، در حالی که اگر مسوولیت قراردادی باشد تفاوتی ندارد که خود او قرارداد را بسته باشد یا نمایندگان اقدام کرده باشند، چون در هر حال مسوول شناخته می‌شود. (کسلر، ۱۹۶۳/۶۴)

در حقوق ما برخی بدون آن که به صراحت از نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» یاد کنند ماهیت «پیش قرارداد ضمنی» را برای آن تعریف کرده‌اند که نقض آن موجب مسوولیت قراردادی می‌شود. (قنواتی، ۱۳۷۹:۲۱۵) ولی اساتید حقوق مدنی با اشاره به دیدگاه یاد شده، با وجود پیش قرارداد ضمنی در دوره پیش از قرارداد مخالف بوده و آن را با حقوق ایران سازگار نمی‌دانند. به نظر ایشان، پندار مربوط به پیش قرارداد ضمنی که با آغاز گفتگوهای مقدماتی میان دو طرف بسته می‌شود، مبنای واقعی و خارجی ندارد، بلکه امری است که به پندار دو طرف نیز نمی‌رسد و تنها وسیله توجیه مسوولیت است. ایشان اضافه می‌کنند که وجود تعهدی که ناشی از قرارداد یا حکم قانون نباشد و تنها به این اعتبار که در خور توجه حقوق است پذیرفته شود اگر چه از نظر منطقی محال نیست، ولی در حقوق کنونی مانند ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۶۴:۲۹۱)

مخالفین قراردادی بودن مسوولیت پیش قراردادی، مسوولیت مزبور را مبتنی بر نظریه تقصیر و مشمول قواعد عام مسوولیت مدنی می‌دانند. به نظر ایشان تنها اگر توافق بر رعایت حسن نیت در دوره پیش قراردادی شده باشد ممکن است مسوولیت قراردادی به وجود آید.<sup>۱۵</sup>

دسته سوم که وجه قراردادی یا قهری این مسوولیت را برای توصیف آن ترجیح نمی‌دهند، قائل به مسوولیتی ویژه در میانه مسوولیت قهری و قراردادی شده‌اند. (کیول، ۱۹۹۴ و باو آنه تای، بی تاو رولند، ۱۹۸۵:۹۲ و نووا، ۲۰۰۵ و گلیکر، ۲۰۰۲:۱۲۲) به نظر ایشان، مسوولیت ناشی از اعتماد، گونه متمایزی در میانه مسوولیت قراردادی و

مسئولیت مدنی است. (کوتس، ۱۳: ۱۳۸۵) در این دیدگاه، دو طرف با آغاز گفتگوهای مقدماتی در برابر هم حقوق و تعهداتی می‌یابند که پیش تر نداشتند. مهمترین وظیفه ایشان، رعایت حسن نیت در تعامل با یکدیگر است که خود سرچشمه حقوق و وظایف دیگر می‌باشد. بدیهی است تعامل با حسن نیت، پیش از آغاز گفتگوی مقدماتی بی معنی است و نظر به این که داشتن چنین تعاملی، نیازمند رابطه قراردادی نیست مسئولیت ناشی از نقض آن را نمی‌توان قراردادی شمرد. از سوی دیگر مسئولیت مبتنی بر نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» را نمی‌توان قهری دانست؛ زیرا به دلیل ارتباط دو طرف، آن‌ها نسبت به هم بیگانه نبوده و حداقل رابطه اعتمادی در میان آن‌ها وجود دارد. اگر قواعد الزامات خارج از قرارداد پاسخگو بود چنین نظریه‌ای در آلمان شکل نمی‌گرفت.<sup>۱۶</sup>

#### ۸. شیوه جبران بر اساس نظریه

برای اتخاذ شیوه مناسب برای جبران زیان بر اساس نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» برخی پیشنهاد کرده‌اند که به طور موردی داوری صورت گیرد: این که دو طرف در دوره پیش قراردادی باید چه رفتاری داشته باشند تا حدودی بسته به اوضاع و احوال حاکم بر آن دوره دارد. برای مثال، در گفتگوهای پیش قراردادی با دولت، رعایت سطح بالایی از استانداردها و قوانین مورد انتظار است، در حالی که در گفتگوی مقدماتی با بخش خصوصی چنان سخت گیری نمی‌شود. حال اگر به وظیفه‌ای عمل نشده باشد ابتدا باید مشخص کرد که هدف، حمایت از چه منافی است که با نقض وظیفه، محقق نشده است. در این دیدگاه، قلمرو جبران با توجه به هدف حمایت از زیان دیده مشخص می‌گردد. باید جبرانی را در نظر گرفت که زیان دیده را در وضعی قرار دهد که اگر همه وظایف در دوره پیش قراردادی به درستی انجام می‌گرفت در چنان وضعی قرار می‌داشت.

زیان‌هایی را که با خروج غیرموجه از گفتگوهای مقدماتی می‌توان فرض کرد پنج گروه هستند: نخست هزینه‌هایی که عوض آن در دارایی زیان دیده موجود است. برای مثال اگر او برای اجرای قرارداد آینده تجهیزاتی خریداری کرده باشد و قرارداد بسته نشود، زیان می‌بیند. نظر به این که امکان باز فروش آنچه که با هزینه به دست آمده



وجود دارد وی باید اقدام به بازفروش کند و اگر مبلغی باقی ماند از دیگری قابل مطالبه است. هم چنین اگر یک طرف برای اجرای قرارداد آینده محلی را اجاره کرده باشد و امکان فسخ آن یا اجاره مجدد با ثالث وجود داشته باشد زبان قابل مطالبه عبارت از تفاوت هزینه انجام شده با مبلغ دریافتی خواهد بود. گروه دیگر هزینه‌هایی است که با بسته نشدن قرارداد از بین می‌رود مانند موردی که خواهان مبالغی را برای ارزیابی کارشناس یا تهیه طرح اجرای قرارداد آینده می‌پردازد. گروه سوم، زیان محروم ماندن از سود هزینه‌های انجام شده می‌باشد. در جبران این زیان به میزان هزینه صورت گرفته توجه نمی‌شود، بلکه میزان سودی که با انجام هزینه مزبور قرار بود عاید شود ملاک محاسبه قرار می‌گیرد. از دست دادن فرصت‌ها در دوره پیش قرارداد، زیان دیگر است. کسی که مشغول گفتگوهای مقدماتی با دیگران می‌شود، فرصت و امکان بستن قرارداد با دیگران را از دست می‌دهد. حال اگر طرف او با وجود امید به دستیابی قرارداد آینده به روابط دو طرفه پایان دهد، باید زیان مزبور را جبران کند. البته به این منظور، خواهان باید ثابت کند که گفتگوهای صورت گرفته با خواننده او را از بررسی یا قبول پیشنهادها دیگر بازداشته یا ثابت کند که امکان بستن قرار داد با شرایط موجود در دوره پیش قراردادی از بین رفته است. برای مثال ثابت کند کالای مورد نیاز او کمیاب شده یا به دلیل افزایش نرخ تورم، امکان خرید به قیمت پیشین وجود ندارد. گروه پنجم، محرومیت از سود ناشی از عدم اجرای قرارداد بسته نشده است. اگر طرف گفتگو بدون دلیل آن را پایان نمی‌داد قرارداد بسته می‌شد و خواهان از محل آن به سود مورد انتظار می‌رسید. حال که قرارداد بسته نشده او خود را زیان دیده می‌داند.

در مورد این که سود مورد انتظار از قرارداد آینده قابل مطالبه باشد، اختلاف است. بیشتر معتقدند از میان زیان‌های قابل تصور، مورد آخر قابل مطالبه نیست. برخی نویسندگان مسلمان که با احتیاط از افتادن در ورطه تفکرات التقاطی، این نظریه را مبتنی بر اصول اخلاقی می‌دانند، معتقدند تخلفات اخلاقی در اصول شریعت اسلامی، فاقد ضمانت اجرا است. لذا بر اساس این نظریه، صدور حکم به پرداخت خسارت، به ویژه سود مورد انتظار از قرارداد آینده را دشوار می‌داند. (الکرکوری، ۱۹۹۲)

## ۹. موضع کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته

مفهوم نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» در بسیاری از کشورهای پیرو نظام رومی - ژرمنی مانند آلمان، اتریش، ایتالیا، یونان، پرتغال، اسپانیا، بولیوی، آرژانتین، فرانسه و سوئیس پذیرفته شده است. (کسلر، ۱۹۶۳/۶۴ و گودر، ۱۹۹۷) برخی از این کشورها نظریه را در مقررات خود وارد کرده یا به طور غیرمستقیم با کمک رویه دادگاه‌ها و نظریات علمای حقوق، مورد استناد قرار می‌گیرد. گروهی از کشورهای پیرو این نظام نیز تمایل به وارد کردن آن در نظام قانونی خود دارند. (کیول، ۱۹۹۴ و لندو، ۲۰۰۰:۱۹۱) از میان کشورهای مزبور، وضعیت را در دو کشور ایتالیا و آلمان که پیرو نظام‌های رومی و ژرمنی می‌باشند جداگانه مطالعه می‌کنیم.

### ۱. ۹. تأثیر نظریه در حقوق آلمان

خاستگاه نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» کشور آلمان است. تاریخ پیدایش نظریه مزبور در این کشور پیش از تدوین قانون مدنی<sup>۱۷</sup> یعنی به سال ۱۸۶۱ باز می‌گردد. با این وجود، هیچ ماده‌ای از قانون مدنی مصوب ۱۹۰۰ آلمان به آن اختصاص پیدا نکرد و توسعه آن تا سال ۲۰۰۲ میلادی، مرهون نظریات علمای حقوق و رویه قضایی بود. در بازنگری قانون مدنی، این نظریه در حقوق آلمان صورت قانونی به خود گرفت.

در سال ۲۰۰۲ اصلاحاتی به منظور روزآمد کردن قانون مدنی آلمان صورت گرفت که از اول ژانویه همان سال، لازم‌الاجرا گردید. به موجب اصلاحات مزبور، وظیفه داشتن حسن نیت به قانون مدنی راه یافت و در روند تشکیل قراردادها، دو طرف ملزم به رعایت حسن نیت شدند. طبق بند ۲ ماده ۳۱۱ قانون یاد شده «تعهد با وظایف وفق بند (۲) ماده ۲۴۱ همچنین حاصل می‌شود در اثر ۱- ورود به مذاکرات قراردادی، ۲- مقدمات مورد قبول با در نظر داشتن ایجاد رابطه قراردادی در صورتی که یک طرف به طرف دیگر اجازه دهد حقوق، منافع مورد حمایت قانون یا سایر منافعش را محقق کند یا این حقوق را به آن طرف واگذار کند، یا ۳- تماس تجاری مشابه» هم چنین طبق بند ۳ ماده مزبور «تعهد با وظایف وفق بند (۲) ماده ۲۴۱ همچنین نسبت به اشخاصی که طرفین قرارداد، قلمداد نشده‌اند نیز حادث می‌شود. چنین تعهدی به ویژه وقتی حاصل می‌شود که شخص ثالث با میزان بسیار بالای اعتماد، اساساً مذاکرات

قراردادی یا انعقاد قرارداد را تحت تأثیر قرار دهد». به موجب بند ۲ ماده ۲۴۱ قانون مزبور «تعهد می‌تواند هریک از طرفین را به رعایت حقوق، منافع مقرر قانونی و سایر منافع طرف دیگر ملزم کند». هم چنین ماده ۲۴۲ همان قانون مقرر می‌دارد: «متعهد باید با رعایت عرف رایج و حسن نیت، تعهد خود را ایفا کند». (نوری، ۱۳۸۶: ۶۱، ۶۲، ۸۶، ۸۷)

امروزه دادگاه‌های آلمانی پذیرفته‌اند که گفتگوهای مقدماتی، سبب پیدایش یک رابطه اعتمادی میان دو طرف می‌شود که بسیار شبیه به رابطه قراردادی است. بنابر این برای دو طرف، رعایت احتیاط و ملاحظات متعارف و استاندارد را ضروری می‌دانند. (نووا، ۲۰۰۵) فرض کنید الف از ب دعوت کند که برای انجام پاره‌ای گفتگوها به منظور بستن قرارداد، بدون هرگونه پیش داوری یا رسیدن به نتیجه، از شهر خود مسافرت کرده و در زمان و مکان معین حضور به هم رساند. ب با اجابت این دعوت، هزینه‌هایی از قبیل مخارج سفر، رزرو محل اسکان، صرف وقت و بازماندن از کارهای جاری، اقدام می‌کند. پس از رسیدن به مقصد، الف به اطلاع او می‌رساند که تغییر عقیده داده و چندی پیش، قرارداد مورد نظر را با دیگری بسته است. در حقوق آلمان جبران زیان ب با استناد به نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» ممکن است و در این مورد، سایر مبانی مسوولیت مانند قرارداد، اظهار خلاف واقع یا دارا شدن بدون جهت در دسترس نیست.

در حقوق آلمان برای استناد به نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» پیش‌تر رفته و پیدایش مسوولیت را بدون وجود رفتار قابل سرزنش<sup>۱۸</sup> در دوره پیش قراردادی نیز پذیرفته‌اند. این دیدگاه با حمایت رویه قضایی روبرو شده، چنان که در رای مورخ ۲۲ فوریه ۱۹۸۹ دیوان عالی این کشور آمده است: اگر یک طرف، بی‌جهت گفتگوهای مقدماتی را پایان دهد و این کار او سبب خطا در آمدن پیش‌بینی‌های دیگری در بسته شدن قرارداد نهایی شود، مسوولیت به وجود می‌آید. در چنین فرضی اثبات تقصیر ضرورت ندارد. (دیتیش، ۲۰۰۱)

از آنجا که این رای دامنه مسوولیت پیش‌قراردادی را بدون نیاز به اثبات تقصیر یا رفتار نکوهیده گسترش داد مصون از انتقاد نماند. پایان دادن بی‌دلیل به گفتگوهای مقدماتی نمی‌تواند بر کوتاهی شخص در تحقق انتظار قرارداد آینده دلالت کند. مفهوم

رای آن است که دیوان عالی کشور، مسوولیت بدون تقصیر را در ایجاد انتظار در دیگری می‌پذیرد. بدیهی است انتظار نهایی شدن قرارداد در یک طرف گفتگوهای مقدماتی، بدون جهت به وجود نمی‌آید و مستلزم رفتاری از سوی دیگری است. باید ابراز چنین رفتاری قابل سرزنش باشد تا بتوان مورد را مشمول نظریه قرار داد. (دیتیش، ۲۰۰۱)

## ۹.۲. تأثیر نظریه در حقوق ایتالیا

ایتالیا را می‌توان از نخستین کشورهایی شمرد که به نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» روی آورد. شاید یکی از دلایل این امر را بتوان ریشه‌های رومی این نظریه دانست که با حقوق ایتالیا قرابت دارد. در حقوق ایتالیا مفهوم نظریه مزبور از تفسیر مواد ۱،۳۳۷، ۱،۳۳۸ و ۲،۰۴۳ قانون مدنی مصوب ۱۹۴۲ به دست می‌آید. (کارترایت، ۲۰۰۹:۴۴) طبق ماده نخست «رفتار دو طرف در روند گفتگوها و تشکیل قرارداد باید مطابق با حسن نیت باشد». تکلیف مندرج در ماده مزبور برای هر دو طرف است. هم چنین ماده قانونی، شامل گفتگوهای مقدماتی و تشکیل قرارداد می‌شود. به همین مناسبت، موضوع ماده را باید مسوولیت پیش‌قراردادی دانست.<sup>۱۹</sup>

در خصوص ماهیت مسوولیت مبتنی بر ماده ۱،۳۳۷ قانون مدنی ایتالیا، سه برداشت متفاوت در رویه قضایی و دیدگاه علمای حقوق دیده می‌شود. گروهی که بیشتر علمای حقوق هستند معتقدند مسوولیت مزبور ماهیت قراردادی دارد. به نظر ایشان با آغاز گفتگوها میان دو طرف، یک رابطه حقوقی ایجاد می‌شود که به موجب آن هریک متعهد می‌شود با دیگری رفتاری با حسن نیت داشته باشد. در این دیدگاه تخلف از چنین تکلیفی نمی‌تواند سبب مسوولیت مدنی گردد. ماده ۲،۰۴۳ در باب مسوولیت مدنی هنگامی قابل استناد است که دو طرف هیچ رابطه‌ای با یکدیگر نداشته باشند، در حالی که با آغاز گفتگوهای مقدماتی، نمی‌توان دو طرف را بی‌ارتباط از یکدیگر شمرد. طبق ماده ۲،۰۴۳ «هرگونه عمل نامشروع عمدی یا غیرعمدی که موجب زیان ناعادلانه شود، طرفی را که سبب آن شده متعهد به جبران زیان می‌کند». گروهی دیگر که رویه قضایی به دیدگاه آن‌ها تمایل دارد معتقدند چون در مرحله گفتگوهای مقدماتی هنوز رابطه قراردادی به وجود نیامده، داشتن حسن نیت در تعامل با یکدیگر تکلیفی قانونی است و تخطی از آن همانند وظایفی که در ماده ۲،۰۴۳ پیش‌بینی شده، موجب

مسئولیت مدنی می‌گردد. در برداشت سوم که طرفداران اندکی دارد مسئولیت پیش قراردادی را دارای ماهیت ویژه‌ای می‌دانند که ریشه در تخلفات دوره پیش قراردادی دارد و نمی‌توان آن را قراردادی یا پیرو مقررات مسئولیت مدنی دانست.

گاهی در رویه دادگاه‌ها برای مسئولیت پیش قراردادی به ماده ۱۳۳۸ قانون مدنی استناد می‌کنند. مطابق ماده مزبور اگر یک طرف از وجود سبب بی‌اعتباری قراردادی که بسته شده آگاه بوده یا می‌بایست آگاه می‌بود و این موضوع را به آگاهی طرف دیگر نرساند و او در نتیجه اعتماد به صحت قرارداد متحمل زیان شود، باید زیانش به وسیله کسی که از اطلاع‌رسانی کوتاهی کرده جبران شود. (باو آنه تای، بی تاو نووا، ۲۰۰۵ و کسلر، ۱۹۶۳/۶۵)

#### ۱۰. موضع کشورهای پیرو نظام حقوق عرفی

نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» در نظام حقوق عرفی شناخته شده نیست. گروه کشورهای پیرو نظام حقوق عرفی، هیچ دخالتی در پیدایش این نظریه نداشتند و پس از آن نیز رویکرد مثبتی از خود نشان ندادند. تنها برخی از قضات و حقوقدان‌های این کشورها، تحت تأثیر نظریه مزبور و به دلیل نارسایی‌هایی که نظریه «استرداد»<sup>۲۰</sup> به عنوان مبنای مسئولیت پیش قراردادی داشت و در پی یافتن راه حل برای حکم به پرداخت زیان‌های اتکایی، به وجود رابطه اعتمادی دو طرفه در دوره پیش قراردادی روی آوردند و آن را برزخی میان روابط قراردادی وقهری دانستند، ولی این اندیشه در حقوق عرفی مورد اقبال واقع نشد. (گلیکر، ۲۰۰۲:۹۵)

برخی<sup>۲۱</sup> علت پذیرفته نشدن نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» را در حقوق عرفی، باز شدن درب‌ها بر روی مرافعات شمرده و نظریه را معارض با اصل آزادی قراردادی و سبب دلسردی از توافقاتی نوین می‌دانند. (نووا، ۲۰۰۵) در نظام حقوق عرفی، آزادی گفتگوها در دوره پیش قراردادی، سنگ زیر بنای حقوق قراردادها شمرده می‌شود و دو طرف آزادند که بدون هیچ مسئولیتی به گفتگو پرداخته یا آن را ناتمام گذارند. (گلیکر، ۲۰۰۲)

بیان بالا به مفهوم مسوول نبودن مطلق در دوره پیش قراردادی نبوده و با استناد به عناوین دیگر، مسئولیت پیش قراردادی در حقوق عرفی پذیرفته شده است. «نظریه

تعهد الزام آور»<sup>۲۲</sup> شبیه‌ترین مبنای مسوولیت پیش قراردادی در نظام حقوق عرفی به نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» است. با این وجود نظریه مزبور جبران مطمئنی را برای زیان دیده فراهم نیاورده و با فرض پذیرش، دادگاه به تمام زیان‌های وارده به او حکم نمی‌دهد، در حالی که با استناد به نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» می‌توان تمام زیان‌های اتکایی را مانند منافع از دست رفته<sup>۲۳</sup> و از دست دادن فرصت‌ها<sup>۲۴</sup> را مورد حکم قرار داد. از این رو نظریه «تعهد الزام آور» علی‌رغم شباهتی که به نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» دارد نمی‌تواند جایگزین آن در نظام حقوق عرفی باشد. در حقوق آمریکا به مانند سایر کشورهای پیرو نظام حقوق عرفی، نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» به طور فراگیر در تمام ایالات دیده نمی‌شود. قانون یک نواخت بازرگانی<sup>۲۵</sup> که وظیفه داشتن حسن نیت را در اجرای قرارداد پیش بینی کرده، بنا بر نظر مشهور و معمول، به دوره پیش قراردادی تسری نمی‌یابد. اگر دادگاهی با استناد به قانون مزبور یا اصل انصاف، تمایل به الزام داشتن حسن نیت را در گفتگوهای مقدماتی بپذیرد مورد انتقاد قرار می‌گیرد. (باو آنه تای، بی تا)

وضعیت نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» در دو ایالت پوئرتوریکو<sup>۲۶</sup> و لوئیزیانا<sup>۲۷</sup> که نظامی مختلط دارند و ایالت کالیفرنیا<sup>۲۸</sup> که علی‌رغم پیروی از نظام حقوق عرفی، تحولاتی را در سالیان اخیر تجربه کرده، موجب شد که مورد مطالعه جداگانه قرار گیرند.

#### ۱۰.۱. پوئرتوریکو

قانون مدنی ایالت پوئرتوریکو، متضمن نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» است و آن را به عنوان ضرورت رعایت حسن نیت در دوره پیش قراردادی می‌شناسد. در دعوی Satellite Broadcasting Cable, Inc. v. Telefonica de Espana که به سال ۱۹۹۲ در این ایالت مطرح شد، دادگاه مقرر داشت: هنگامی که دو طرف وارد گفتگوهای مقدماتی برای بستن یک قرارداد می‌شوند، موظف به رعایت حسن نیت هستند. هرچند دو طرف اختیار دارند قرارداد را تکمیل یا از ادامه گفتگوها خودداری کنند، ولی به موجب وظیفه مزبور، خودداری ناعادلانه در روند دوره پیش قراردادی، به استناد ماده ۱۸۰۲،<sup>۲۹</sup> سبب مسوولیت خارج از قرارداد می‌شود. (باو آنه تای، بی تاو نوآ، ۲۰۰۵)

برای نخستین بار در سال ۲۰۰۳ رای مبتنی بر نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» که در ایالت پوئرتوریکو صادر شده بود به تأیید دادگاه استیناف ایالات متحده<sup>۳۰</sup> رسید. در دعوی *Ysiem Corporation v. Commercial Net Lease Realty* خواهان که مالک قطعه زمینی بود تلاش می کرد آن را به خواننده اجاره دهد. خواننده نیز به نوبه خود قصد داشت آن را پس از اجاره کردن به اجاره ثالث درآورد. در این رابطه، قولنامه‌ای میان خواهان و خواننده امضا شد. هنگامی که گفتگوهای مقدماتی به شکست انجامید، خواهان اقدام به طرح دعوایی به خواسته اجرای عین قولنامه یا پرداخت خسارت کرد. دادگاه اعلام کرد این دعوی تابع مقررات ایالت پوئرتوریکو می باشد که در آن نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» پذیرفته شده است. هم چنین اضافه کرد به موجب این نظریه، گفتگوهای مقدماتی برای رسیدن به توافق، حتی بدون تنظیم قولنامه، سبب ایجاد انتظارات دو جانبه در رعایت حسن نیت و دوری از رفتار خلاف در تعامل با یکدیگر می شود. (باو آنه تای، بی تا)

## ۲. ۱۰. لوئیزیانا

رویه دادگاه‌ها در ایالت لوئیزیانا مبتنی بر کد ناپلئون است. این قانون بر گرفته از کد مزبور در سال ۱۸۰۸ در این ایالت وضع شد. در قانون مدنی ایالت لوئیزیانا به مانند فرانسه، نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» به صراحت پیش بینی نشده است. علمای حقوق و رویه قضایی با استناد به برخی مواد قانونی این نظریه را برداشت می کنند. مهمترین ماده‌ای که در این زمینه مورد توجه است ماده ۲۴۵۲ قانون مدنی است. طبق ماده مزبور «فروش مال متعلق به غیر باطل است و اگر خریدار نداند که مورد معامله از آن دیگری است، احتمال زیان دیدن او وجود دارد. پس اگر کسی از روی اشتباه یا تقلب، مالی را که متعلق به او نیست بفروشد، خریدار می تواند برای گرفتن زیان‌های اتکایی، فروشنده را تعقیب کند». ماده قانونی یاد شده در پی بیان نمونه‌ای از نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» است.<sup>۳۱</sup> چنین برداشتی از ماده ۱۵۹۹ قانون مدنی فرانسه نیز می شود که مقرر می دارد: «فروش مال متعلق به غیر باطل است و می تواند منجر به جبران خسارت خریداری شود که از مال غیر بودن مورد معامله ناآگاه است». (کسلر، ۱۹۶۳/۶۴)

در دعوی *Starco Meats, Inc v. Bryan Foods* به سال ۲۰۰۳ دادگاه ایالت لوئیزیانا نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» را با این عبارت تأیید کرد که «دادگاه‌های ما دیر زمانی است نظریه آلمانی «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» را پذیرفته‌اند که به خواهان اجازه می‌دهد جبران زیان ناشی از تغییر وضعیت ناشی از تکیه بر یک قرارداد غیر قابل اجرا را بخواهد». (باو آنه تای، بی تا)

مشابه چنین برداشتی را می‌توان در برخی از کشورهای پیرو نظام حقوق روم نیز مشاهده کرد. برای مثال در قانون مدنی ونزوئلا که برگرفته از قانون مدنی پیشین ایتالیا است، نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» به صراحت پیش بینی نشده، ولی رویه قضایی آن را پذیرفته است. (باو آنه تای، بی تا)

### ۳.۱۰. کالیفرنیا

ایالت کالیفرنیا به مانند بیشتر ایالات متحده آمریکای شمالی، پیرو نظام حقوق عرفی می‌باشد. نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» در این ایالت مبنا نداشته و سالیان درازی است که دادگاه‌ها از پذیرش آن به عنوان سبب دعوی خودداری می‌کنند. برای مثال در دعوی *Racine & Laramie, Ltd v. Department of Parks and Recreation* به سال ۱۹۹۲ دادگاه استیناف کالیفرنیا<sup>۳۳</sup> از دادن حکم به سود خواهان با استناد به نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» خودداری کرد و مقرر داشت استناد بر این نظریه هرگز در حقوق انگلو - آمریکا<sup>۳۳</sup> پذیرفته نشده است. (باو آنه تای، بی تا) با این حال در دعوی *Buettner, et al v. Bertelsmann AG* به تاریخ ۳۰ ژانویه ۲۰۰۴ هیأت منصفه به اتفاق آراء، ادعای خواهان را با استناد به نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» پذیرفت. (باو آنه تای، بی تا) این رای نشان می‌دهد که در آمریکا امکان توفیق در دعوی با استناد به این نظریه، علاوه بر دو ایالت پوئرتوریکو و لوئیزیانا، در سایر ایالات نیز وجود دارد. با این حال، پذیرش فراگیر نظریه در آینده نزدیک دور از انتظار به نظر می‌رسد.

### ۱۱. نتیجه گیری

گفتگوهای مقدماتی زمینه ساز رسیدن به توافق و بسته شدن قراردادها هستند. اگر دوره پیش قراردادی بدون رسیدن به قرارداد اصلی پایان پذیرد، سبب می‌شود که



فرصت‌ها از دست رفته، هزینه‌های صورت گرفته بی‌ثمر مانده و دو طرف از سود حاصل از قرارداد آینده بی‌نصیب بمانند. هرچند شکست گفتگوها یا خروج از آن را به طور مطلق نمی‌توان سبب مسوولیت شمرد و هر طرف باید زیان دوره پر مخاطره پیش از قرارداد را خود تحمل کند، ولی هیچ کدام از ایشان حق ندارد از اعتماد دیگری سوءاستفاده کرده و با رفتار خلاف حسن نیت به او لطمه وارد کند. نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» در پی توجیه مبنای مسوولیت پیش قراردادی است. طبق این نظریه هر طرف که در دوره پیش قراردادی رفتار نکوهیده‌ای را مرتکب شده و سبب پایان یافتن گفتگوها یا بی‌اعتباری قرارداد آینده را فراهم سازد باید از عهده زیان وارده به دیگری برآید. در ماهیت چنین مسوولیتی اختلاف شده است. برخی آن را به نقض پیش قرارداد ضمنی منسوب و مسوولیت را قراردادی می‌شمارند و گروهی با عدم احراز قرارداد، معتقد به غیر قراردادی بودن مسوولیت هستند. ثمره این دو دیدگاه در شیوه جبران دیده می‌شود، زیرا در مسوولیت قراردادی باید زیان دیده در وضعی قرار گیرد که اگر قرارداد معتبر بود و اجرا می‌شد در چنان وضعی قرار می‌گرفت، در حالی که با غیر قراردادی شمردن مسوولیت باید زیان دیده را در وضعیتی که پیش از آغاز گفتگوها داشت قرار داد. در نظام حقوق نوشته به این نظریه معتقد بوده و در نظام حقوق عرفی آن را مخالف با اصل آزادی قراردادی شمرده و نمی‌پذیرند. هرچند در حقوق ایران با مقررات موجود، ظرفیت طرح نظریه وجود دارد، با این حال هنوز در حقوق ما چنین نظریه‌ای شناخته شده نیست. علاوه بر احساس عدم نیاز به آن به دلیل وجود مقررات عام مسوولیت مدنی و چشمگیر نبودن تعداد دعاوی مربوط به دوره پیش قراردادی نزد مراجع قضایی، یکی از علل مهم آن، عدم پذیرش اصل حسن نیت در نظام حقوقی ما می‌باشد.

#### یادداشت‌ها

1. [http://en.wikipedia.org/wiki/Culpa\\_in\\_contrahendo](http://en.wikipedia.org/wiki/Culpa_in_contrahendo).
2. Rudolf von Iering.
3. "Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertragen"
4. Positive and negative damages.
5. Raymond Saleilles.

6. Oberlandesgericht Frankfurt am Main.
7. The United Nations Convention on International Sale of Goods (CISG).
8. <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13356&x=1>.
9. The theory of promissory estoppel.
10. Appellate Court of Talca.
11. Reliance damages.
12. Negative contractual interest.
13. koziol.
14. Eg Gunst.
۱۵. برای مثال در فرانسه به ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی استناد می‌کنند. قاسمی حامد، عباس، «مروری اجمالی بر نظریه «تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد» از دیدگاه حقوق فرانسه»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۶۵-۱۶۴، دوره جدید شماره ۱۰، ۱۳۷۵.
۱۶. با این که نهاد دارا شدن ناعادلانه در حقوق آلمان پذیرفته شده ولی به دلیل آن که خواهان نمی‌تواند تمام شرایط آن را ثابت کند کمتر در دسترس است.
17. Burgerliches Gesetzbuch (BGB).
18. Culpable conduct.
۱۹. در ماده ۴۶۵ قانون مدنی بولیوی نیز به مانند قانون مدنی ایتالیا آمده است: «در روند گفتگوهای مقدماتی و در هنگام تشکیل قرارداد، دو طرف باید تعاملی با حسن نیت داشته باشند و برای خسارت ناشی از بی‌احتیاطی یا خودداری از اطلاع رسانی در مورد دلایلی که ممکن است سبب بطلان قرارداد گردد باید غرامت بپردازند». همچنین طبق قانون مدنی آرژانتین، قرارداد باید با حسن نیت بسته شده، مفاد آن اجرا شود.
20. The theory of restitution.
21. Nazler.
22. The theory of promissory estoppel.
23. Lost profits.
24. Loss of opportunities.
25. UCC.
26. Puerto Rico.
27. Louisiana.
28. California.
29. <http://www.lexjuris.com/LEXLEX/lexcodigoc/lexcuasicontratos.htm>.

## 30. United States Court of Appeals.

۳۱. مشابه این ماده که در آن ظرفیت برداشت نظریه در حقوق ایران وجود دارد ماده ۲۶۳ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «هرگاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بائع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت».

## 32. California Court of Appeals.

## 33. Anglo-American jurisprudence.

## منابع

## الف. فارسی و عربی

- اوصیاء، پرویز. (۱۳۷۱). تدلیس - مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، انگلیس، اسلام و ایران. تحولات حقوق خصوصی، زیر نظر ناصر کاتوزیان، تهران: دانشگاه تهران.
- بایانکا و دیگران. (۱۳۷۴). تفسیری بر حقوق بیع بین المللی - کنوانسیون ۱۹۸۰ وین. جلد ۱، ترجمه مهراب داراب پور، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- بخش ترجمه دیوان دآوری دعاوی ایران - لاهه ۱۳۶۸، (۱۳۷۰). فرهنگ اصطلاحات حقوقی - انگلیسی به فارسی. تهران: نشر یلدا.
- جعفرزاده، میرقاسم و سیمایی صراف، حسین. (۱۳۸۴). حسن نیت در قراردادهای بین‌المللی: قاعده‌ای فراگیر یا حکمی استثنائی. مجله تحقیقات حقوقی، ۴۱.
- جمال، مصطفی محمد. (۲۰۰۲). السعی الی التعاقد فی القانون المقارن. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد. (بی تا). الموجز فی النظریه العامه للإلتزامات فی القانون المدنی المصری. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

قاسمی حامد، عباس. (۱۳۷۵). مروری اجمالی بر نظریه «تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد» از دیدگاه حقوق فرانسه. *مجله کانون وکلا*، شماره ۱۶۵-۱۶۶، دوره جدید (شماره ۱۰).

قنواتی، جلیل و وحدتی شبیری، سیدحسن و عبدی پور، ابراهیم. (۱۳۷۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه. زیر نظر مصطفی محقق داماد، جلد ۱، تهران: سمت.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۶۴). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها. جلد اول، تهران: بهنشر.

کوتس، هاین. (۱۳۸۵). حقوق قراردادها در اروپا. ترجمه احمدوند، ولی الله و دیگران، جلد اول، تهران: مؤسسه جهان جام جم.

نوری، محمدعلی. (۱۳۸۶). قانون مدنی آلمان بخش: معاملات، قراردادها، کلیات و تعهدات. تهران: کتابخانه گنج دانش.

#### ب. انگلیسی

Bao Anh Thai, *Culpa in Contrahendo in English Law*. available at: <http://www.baolawfirm.com.vn/dmdocuments/Culpa%20in%20contrahendo%20in%20English%20Law.pdf>.

Cartwright, J. and Hesselink, M. (2009). *Precontractual Liability in European Private Law*. New York: Cambridge University Press. available at: <http://www.cambridge.org/catalogue/catalogue.asp?Isbn=9780521516013>.

Dietrich, J. (2001). Classifying Precontractual Liability: A comparative Analysis. *Legal Studies*, 21 (2), available at: <http://www.blackwell-synergy.com/dio/abs/10.1111/j.1748-121x.2001.tb00570.x>.

Elkarkouri, D. (1992). Pre-contractual Liability in Islamic Construction Contracts. *Revue de Droit des Affaires Internationales: The International Business Law Journal*, 7.

Giliker, P. (2002). *Pre-contractual Liability in English and French Law*. The Hague: Kluwer Law International.

Goderre, Diane M. (1997). *International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention*. 66 U. Cincinnati Law Review. available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goderre.html>.

Kessler, F. and Fine, E. (1963/64). *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 Harvard Law Review, at 401 et seq. available at: [http://www.translex.org/create\\_pdf.php?docid=125100](http://www.translex.org/create_pdf.php?docid=125100).

Kucher, Alyona N. (2004). *Pre-contractual Liability: Protecting the Rights of the Parties Engaged in Negotiations*, NYU-paper.doc. available at: <http://www.nyulawglobal.org/fellowsscholars/forums/papers/kucher-paper.pdf>.

Kull, I. (1994). *Introduction to the Problem: Precontractual Liability*, *Juridica Abstract*, 9. available at: [http://www.juridica.ee/juridica\\_en.php?document=en/articles/1994/9/28874.SUM.php](http://www.juridica.ee/juridica_en.php?document=en/articles/1994/9/28874.SUM.php)

Lando, Ole and Hugh, B. (2000). *Principles of European contract law*. The Hague: Kluwer Law International. available at: [http://books.google.com/books?id=pQQCQRIEGokC&pg=PR3&source=gbs\\_selected\\_pages&cad=0\\_1#PPP1.M1](http://books.google.com/books?id=pQQCQRIEGokC&pg=PR3&source=gbs_selected_pages&cad=0_1#PPP1.M1).

Novoa, R. (2005). *Culpa in Contrahendo: A Comparative Law Study: Chilean Law and the United Nations on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)*. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 22 (3).

<http://www.law.arizona.edu/Journals/AJICL/AJICL2005/vol223/ARTICLE%20%20NOVOA%20FORMATTED.pdf>

Pettinelli, Avv. Cristiano. (2005). *Good Faith in Contract Law: Two Paths, two Systems, the Need for Harmonization*. *Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica pubblicata su Internet*. available at: <http://www.diritto.it/archivio/1/20772.pdf>

Roland, H. Et Boyer, Laurent. (1985). *Expressions Latines Du Droit Francais*. Lyon: L'Hermes.